

Desajustes regulatórios no financiamento do setor elétrico: uma análise da conta de desenvolvimento energético*

Regulatory imbalances in the financing of electricity sector: an analysis of the energetic development account

Mario G. Schapiro**

RESUMO:

Este artigo procura discutir um desajuste regulatório no setor elétrico brasileiro, que tem gerado o aumento substantivo da conta de luz, principalmente para os consumidores cativos. Esse desajuste é ocasionado por dois fatores complementares. Um deles é a ampliação do leque de políticas públicas custeadas por um encargo setorial, a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE). O outro é a retração das subvenções do Tesouro, que

* Artigo recebido em 18 de setembro de 2015 e aprovado em 5 de fevereiro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v272.2016.64301>.

** Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: mario.schapiro@fgv.br. Professor em regime de tempo integral na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas — FGV Direito SP.

vinham ocorrendo desde 2013, quando a CDE passou a se encarregar de um maior volume de atividades. O artigo descreve esse fato e explora duas implicações jurídicas a ele associadas. Primeiro, ao financiar atividades que extrapolam o escopo direto do serviço de energia, a CDE resvala em um desvio da legalidade que compõe o regime das finanças públicas: há uma tributação camuflada como tarifa. Segundo, a tributação via tarifa expõe os usuários a um aumento tarifário sem os correspondentes freios e contrapesos apresentados pelo sistema tributário.

PALAVRAS-CHAVE

Sector elétrico — desajuste regulatório — tarifas — tributos — controle democrático

ABSTRACT

This paper aims at discussing a regulatory imbalance at the electricity sector. Prices paid in Brazilian electric sector has suffered a substantial increase since the beginning of this year. Such imbalance occurred because of two complementary reasons. The expansion of the Energetic Development Account (CDE) is one of them. Consumer finances this account and government recently increased CDE assignments in order to amplify its policy-making possibilities. The other reason is the downturn in government subsidies, which started in 2013 once CDE was redirected to a larger amount of policies. Behind this fact, there are two related legal implications. First of all, by financing services that overcome the electricity sector with resources paid by consumers, Federal Government has been imposing by flexible a cost that should be imposed exclusively by tax Law. The second implication is that disguising CDE tax nature exposes consumers to potential price increasing and deprives them from the checks and balances required by tax system in Brazilian constitution.

KEYWORDS

Electricity sector — regulatory imbalance — prices — taxes — democratic control

1. Introdução

O custo da conta de luz para consumidores cativos tem sofrido aumentos substantivos, podendo o reajuste chegar a 49%.¹ O valor que não é pequeno fica ainda mais expressivo se se levar em conta que em 2013 o governo federal havia empreendido uma reforma regulatória parcial no setor elétrico com vistas justamente a reduzir o custo da energia consumida no país. À época, o plano posto em marcha previa uma redução de cerca de 20% para os consumidores residenciais e de até 32% para os industriais, o que seria obtido pela renovação antecipada das concessões de energia elétrica e a consequente extinção de antigos encargos que recaíam sobre o setor. O plano não obteve o resultado esperado e o custo do setor elétrico aumentou. O incremento tarifário é o mais evidente sintoma da prevalência de um desajuste regulatório no financiamento do setor.

Em boa medida, os descompassos de financiamento e a necessidade de aumento das tarifas estão associados à trajetória recente de um encargo setorial: a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE). Criada em 2002 para financiar a universalização do serviço de energia e para promover a competitividade de fontes energéticas alternativas, a CDE passou a financiar em 2013 um conjunto bem mais extenso de atividades públicas, sendo algumas delas mais afeitas a políticas de governo do que propriamente ao serviço público de energia. Entre 2013 e 2014, o descompasso entre as receitas obtidas pela CDE e suas despesas foi custeado pelo Tesouro nacional, que realizou aportes na conta, evitando assim um repasse de custos para as tarifas de energia. Entretanto, a partir de 2015, em razão do ajuste fiscal, o Tesouro deixou de aportar recursos para a CDE, que passou então a ser financiada quase que exclusivamente pelos recursos tarifários.

No âmbito do direito público, a retração da subvenção do Tesouro e o repasse dos custos da CDE para as tarifas apresenta duas importantes implicações, sendo uma delas no plano da legalidade e outra da legitimidade e do controle da administração pública. No plano da legalidade, a supressão dos recursos orçamentários e o financiamento por meio de tarifas de atividades que extrapolam a noção de serviço público de energia apontam para um desvio do marco normativo das finanças públicas. O argumento

¹ BANCO CENTRAL. Ata da 193ª reunião do Conselho de Política Monetária, set. 2015. Disponível em: <www.bcb.gov.br/?ATACOPOM>. Acesso em: 14 set. 2015.

desenvolvido neste trabalho é o de que as finanças públicas apresentam dois regimes jurídicos paralelos: o tributário-orçamentário e o tarifário. O regime tributário-orçamentário é o que regula a arrecadação de recursos para custear, entre outros, as políticas públicas e está sujeito a constrangimentos legais. Comparativamente com o regime tributário-orçamentário, o regime tarifário não se sujeita aos limites estreitos da legalidade, isto é, o valor estipulado para os usuários é definido em ato infralegal, praticado usualmente por agências reguladoras. Por outro lado, o regime tarifário tem um raio de ação limitado, só poderia ser empregado para remunerar os serviços contratados pelos usuários.

No entanto, no caso em questão, a CDE passou a financiar atividades que extrapolam o escopo direto do serviço de energia e, conquanto importem ao interesse público, tais atividades não poderiam ser financiadas pela tarifa dos usuários. Foi esse o efeito da retração da subvenção orçamentária realizada pelo Tesouro. Daí por que o primeiro argumento deste trabalho é apontar que a configuração do financiamento do sistema elétrico, no que tange à CDE, resvala em um desvio da legalidade das finanças públicas.

Além disso, ao procurar contornar a legalidade tributária-orçamentária e impor via tarifa o custeio de programas que excedem a natureza do serviço de energia, a opção regulatória apresenta também implicações de legitimidade. A lógica subjacente ao regime das finanças públicas é a de permitir um satisfatório controle dos custos atribuídos aos cidadãos e consumidores. Ao estabelecer que os tributos e o orçamento sejam definidos por lei, a Constituição Federal procurou amplificar o controle democrático sobre as despesas públicas, alocando assim para o Congresso Nacional a decisão sobre esses temas. Reitera-se com isso um princípio de representação que foi firmado na história política da democracia, quando os insurgentes norte-americanos firmaram o primado de “sem representação, não haverá impostos” (*no taxation, without representation*). Em sentido contrário, ao se imputar ao usuário o custeio de atividades que extrapolam a relação contratual do serviço público, configura-se um problema de legitimidade política: uma tributação sem representação.

O objetivo deste trabalho é descrever a trajetória da regulação da Conta de Desenvolvimento Energético sugerindo a existência de desajustes em sua configuração recente. Esses desajustes, por sua vez, apresentam as mencionadas implicações de legalidade e de legitimidade. Para isso, o artigo conta com outras quatro seções. A próxima apresenta uma descrição sucinta da regulação do setor elétrico e da Conta de Desenvolvimento Energético. A terceira seção discute os regimes que constituem as finanças públicas. A quarta seção

explora os problemas de legitimidade decorrentes do repasse para as tarifas do custeio de atividades que extrapolam o serviço de energia. A última seção apresenta as conclusões.

2. O financiamento do setor elétrico e a Conta de Desenvolvimento Energético

A organização institucional do setor elétrico é resultado de sucessivas reformas regulatórias ocorridas desde o final dos anos 1990. A primeira e mais definitiva dessas reformas foi processada em 1996, quando o setor foi parcialmente privatizado e desverticalizado.² Com a promulgação da Lei nº 9.427/1996, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a cadeia produtiva passou a se organizar em três etapas distintas, porém complementares: (i) geração; (ii) transmissão; (iii) distribuição.³ Os consumidores, por sua vez, foram divididos em dois grupos: livres e cativos.⁴ Os consumidores livres são os usuários de larga escala, que compram energia

² Depois de 1996, o setor sofreu alterações incrementais em 2004, com a promulgação da Lei nº 10.848/2004, que trouxe regras mais centralizadas de planejamento setorial. O novo marco regulador introduziu ainda uma nova dinâmica para oferta de energia nova, baseada em leilões, e um regulamento para as formas de contratação nos mercados livre e cativo. Escapa aos objetivos deste trabalho a descrição das reformas e da organização setorial de forma detalhada. Para isso, ver GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. As modificações no setor de energia elétrica e os contratos de concessão. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015; PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

³ Os estudos que embasaram a reforma do setor foram produzidos pela consultoria Coopers & Librand e pelo escritório de advocacia Ulhôa Canto, Rezende e Guerra e deram origem ao Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Reseb). Ver LEME, Alessandro André. A reforma do setor elétrico no Brasil, Argentina e México: contrastes e perspectivas em debate. *Revista de Sociologia e Política*, v. 17, n. 33, p. 97-121, jun. 2009; WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a Aneel. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴ As diferenças entre consumidor cativo e consumidor livre sustentam-se na tipologia constitucional de serviços públicos e atividades econômicas. Os serviços públicos são tratados pelo art. 175 e podem ser prestados diretamente ou sob regime de concessão e permissão. O serviço precisa atender aos ditames do serviço adequado, sendo oferecido e usufruído de modo universal, com custo módico. As atividades econômicas em sentido estrito são disciplinadas pelo art. 173 e são aquelas que se submetem à lógica da livre-iniciativa. Pode-se assim entender que o mercado cativo configura um serviço público de energia, ao passo que o mercado livre corresponde a uma atividade econômica a ser livremente contratada entre as partes interessadas (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 123-150).

em transações de mercado, transações *spot*. Já os consumidores cativos são aqueles que utilizam energia provida em um ambiente regulado, como é o caso dos consumidores residenciais de energia.

Pode-se entender que um dos desafios a serem enfrentados pelos serviços públicos concedidos e pelo setor elétrico, em particular, é o do seu financiamento. O estabelecimento de uma organização desverticalizada e contratualizada, a despeito dos possíveis ganhos de produtividade e de eficiência obtidos, apresenta como potencial dilema o equilíbrio entre a sustentabilidade financeira dos serviços e a modicidade esperada pelas tarifas.

No setor elétrico, até 2013, esse dilema foi parcialmente solucionado por meio de encargos setoriais que compunham a tarifa e assim constituíam fontes de receita indispensáveis para a higidez financeira do setor. Entre esses encargos, tem figurado a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), que foi estipulada pela Lei nº 10.438/2002, para garantir uma equalização no financiamento do setor. A partir de 2013, no entanto, a CDE passou a custear um universo maior de políticas. Esta seção apresenta um histórico da CDE e, em seguida, discute a natureza das atividades financiadas pela conta, questionando se são afeitas ao serviço público de energia ou se são políticas públicas, com propósitos que ultrapassam o setor.

2.1 A Conta de Desenvolvimento Energético

Instituída em 2002, pela Lei nº 10.438, a CDE voltava-se originalmente para a cobertura de despesas ínsitas ao setor elétrico. Nessa concepção regulatória, cabia à CDE o financiamento das seguintes atividades: (i) promoção da universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional; (ii) garantia dos recursos para atendimento à subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento da energia elétrica para consumidores de baixa renda — tarifa social de energia elétrica; (iii) promoção da competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidroelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral. Nessa composição, portanto, as despesas da CDE voltavam-se ao financiamento do serviço público adequado.

A noção de serviço adequado é disposta no art. 6º da Lei de Concessões de Serviços Públicos, Lei nº 8.987/1995, e diz respeito aos padrões satisfatórios para o exercício de serviços delegados. Nos termos da Lei nº 8.987/1995, o serviço adequado é o que, simultaneamente, é prestado com atributos de

regularidade, atualidade e também com tarifas módicas. Isto é, o serviço adequado é aquele que não sofre problemas de oferta, sendo ainda tecnologicamente satisfatório e economicamente acessível a todos os usuários.⁵

O estudo da Conta de Desenvolvimento Energético indica que sua disciplina de 2002 almejava prover recursos para a prestação de um serviço adequado nessas bases. A atualidade tecnológica seria materializada pelo financiamento das novas tecnologias, como a eólica e a biomassa. O custeamento da universalização e a provisão da tarifa social representariam políticas para o atendimento do comando normativo da modicidade tarifária.

Para cumprir tais objetivos, a CDE contava com três fontes de receita: (i) os pagamentos feitos pelos usuários, a título de uso da rede elétrica (uso de bem público); (ii) as multas aplicadas pela Aneel; (iii) as cotas anuais, estabelecidas pela Aneel. Essas cotas são pagas por todos os agentes que comercializam energia elétrica com o consumidor final e são arrecadadas por meio das tarifas de energia. O valor dessa cota anual é estabelecido pela Aneel, que define o valor global da cota e também o montante individual a ser pago pelos respectivos usuários.

Em 2013, entretanto, a Medida Provisória nº 579 e a posterior promulgação da Lei nº 12.783/2013 modificaram parcialmente esse regime de financiamento.^{6 7} A partir de então, a CDE ganhou novas atribuições e passou a financiar um conjunto mais extenso de finalidades públicas, para além dos objetivos diretamente relacionados com a provisão do serviço público. A conta passou assim a custear novos e diferentes objetivos de política pública, que até então eram financiados por fundos específicos, pelo Tesouro nacional, ou simplesmente não existiam no setor elétrico. A tabela 1 apresenta

⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a Medida Provisória 579/2012. In: ____ et al. (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. As modificações no setor de energia elétrica e os contratos de concessão. In: Sundfeld e Jurksaitis, *Contratos públicos e direito administrativo*, op. cit.

⁷ Em 2013, as concessões do setor elétrico que venceriam entre 2015 e 2017 foram antecipadas e prorrogadas. Essa prorrogação foi feita por meio da Medida Provisória nº 799/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.783/2013, e teve o objetivo de rever os encargos financeiros do setor, com vistas a reduzir o valor das tarifas pagas pelos usuários. Ocorre, contudo, que a CDE passou a financiar um número maior de atividades e o efeito esperado não foi alcançado (Marques Neto, "A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a Medida Provisória 579/2012", op. cit., p. 903-919; Grotti e Lima, "As modificações no setor de energia elétrica e os contratos de concessão", op. cit.).

uma comparação cronológica do aumento das atribuições da CDE, entre os anos de 2002, 2003 e 2013, ilustrando assim a ampliação de escopo da conta.

Tabela 1
Atribuições da CDE

Marco Regulador	Ano		
	2002	2003	2013
	Lei nº 10.438	Lei nº 10.762	Lei nº 12.763 e Decretos
Atribuições da CDE	1. universalização do serviço de energia elétrica; 2. tarifa social destinada aos consumidores de baixa renda.	1. universalização do serviço de energia elétrica; 2. tarifa social destinada aos consumidores de baixa renda; 3. subvenção à energia elétrica produzida a partir de fontes alternativas (eólica, térmicas a gás natural, biomassa e pequenas centrais hidrelétricas) e do carvão mineral nacional utilizado pelas termelétricas.	1. universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional; 2. tarifa social de energia elétrica; 3. subvenção à energia elétrica produzida a partir de fontes alternativas; 4. custeio da Conta de Consumo de Combustíveis; 5. amortização por ocasião da reversão das concessões; 6. subsídio ao custo de combustíveis de empreendimentos termelétricos; 7. compensação de descontos aplicados nas tarifas de uso dos sistemas elétricos em diversos mercados; 8. compensação do efeito da não adesão à prorrogação de concessões; 9. custeio de programas de desenvolvimento e qualificação de mão de obra técnica, no segmento de instalação de equipamentos de energia fotovoltaica.

Fonte: Elaboração própria.

A partir de 2013, em consonância com a ampliação do rol de despesas a serem custeadas, o modo de cálculo da conta também foi alterado. Pelo marco regulador estabelecido pela Lei nº 10.438/2002, o montante anual que seria despendido pela CDE seria uma função do valor global arrecadado pelas suas

três fontes financeiras. Isto é, na metodologia original, o valor da cota anual arbitrado pela Aneel e repassado para as tarifas era relativamente fixo, sendo um reflexo dos valores arrecadados. O montante global da CDE seria apenas corrigido monetariamente e atualizado em razão de um eventual crescimento do mercado de energia, que resultasse em um possível incremento do volume comercializado. No entanto, desde 2013, o modo de estabelecer seu montante anual deixou de ser limitado pelo volume arrecadado e passou a ser condicionado pelos objetivos a serem perseguidos. O montante da CDE passou assim a ser uma função das suas finalidades e não das suas disponibilidades orçamentárias. A consequência disso é que a dimensão da CDE passou a fluir conforme os objetivos de financiamento que lhe foram atribuídos, o que permitiu a inclusão de novas e crescentes finalidades de política em sua contabilidade.^{8 9}

Em razão disso, a partir de 2013, o montante de recursos despendidos pela CDE aumentou substantivamente. Em um primeiro momento, essa maior necessidade de recursos da conta não se refletiu em um aumento tarifário porque a ampliação das finalidades financeiras da CDE foi compensada com recursos orçamentários, por meio de aportes do Tesouro nacional. Essa possibilidade de participação do Tesouro no financiamento partilhado da CDE foi expressamente prevista pela Lei nº 12.783/2013, para assim fazer frente às suas novas atribuições (art. 18, da Lei nº 12.783/2013). De acordo com a auditoria operacional do Tribunal de Contas da União, os repasses do Tesouro, em 2013, foram de R\$ 9,8 bilhões e, em 2014, ficaram em torno de R\$ 13 bilhões.¹⁰ O Tesouro passou, portanto, a ser uma fonte importante de recursos no setor, dividindo com os usuários os encargos de financiamento das múltiplas políticas públicas de que a conta passou a se encarregar. A tabela 2, que sintetiza o orçamento de despesas e receitas da CDE, entre os anos 2007 e 2013, indica que no ano de 2013 os aportes diretos do Tesouro responderam por cerca de 58% do custeio da conta.

⁸ ANEEL. *Nota técnica n. 33*, 2015. Disponível em: <www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/003/resultado/nota_tecnica_33_cde2015.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

⁹ Sobre isso, assinala a Nota Técnica da Aneel nº 33/2015: “A forma de cálculo das quotas anuais da CDE também foi alterada substancialmente nesse novo regime, pois deixou de resultar da mera atualização pela inflação e o crescimento do mercado, passando a ser apurada com base na diferença entre a necessidade total de recursos da Conta e a arrecadação proporcionada pelas demais fontes de receita (Multas, UBP, aporte da União e outras)” (Aneel, *Nota técnica n. 33*, op. cit.).

¹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Auditoria operacional TC – 011.233/2014-6*, 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2015. p. 10.

Tabela 2

Fonte de recursos da CDE

Fontes de Receita	Fontes de Recurso da Conta de Desenvolvimento Energético (em %)						
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Cotas CDE	81	68,2	69,9	72,4	83	75,6	7,2
Norte/Nordeste	4,6	3,9	4	4,2	4,8	4,3	0,4
Distribuição e Permissão	3,1	2,6	2,8	3	3,5	3,2	0,3
Transmissão	1,5	1,3	1,2	1,2	1,3	1,1	0,1
Sul/Sudeste/Centro-Oeste	76,4	64,3	65,9	68,2	78,2	71,3	6,8
Distribuição e Permissão	73,2	61,5	63,6	66	75,7	68,8	6,5
Transmissão	3,2	2,8	2,3	2,3	2,4	2,5	0,3
Tesouro Nacional	18,6	25,9	26,3	22,5	13,4	15	91,9
Uso de Bem Público	2,7	3,1	3,4	6,2	9,6	8,7	2,9
Multas da Aneel	1,8	1,3	1,4	2,9	3,7	6,3	1,1
Reserva Geral de Reversão	14,1	21,5	21,5	13,3	0	0	29,5
Aporte Direto	0	0	0	0	0	0	58,3
Outras	0,4	6	3,8	5,1	3,7	9,5	0,8

Fontes: Aneel e Texto para Discussão nº 167 — Senado Federal.

O aumento de finalidades financeiras da CDE e sua maior dependência dos aportes do Tesouro foram notados pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Em 2014, nos autos da já mencionada auditoria operacional TC — 011.233/2014-6, o ministro relator José Jorge, acompanhando os termos do relatório técnico, apresentou posição crítica ao novo marco regulatório do setor elétrico, salientando o risco potencial de que esse arranjo institucional viesse a se mostrar economicamente desequilibrado. Em seu voto, o relator deliberou pela notificação da Casa Civil da Presidência da República, com vistas a solicitar medidas de encaminhamento para os potenciais problemas de sustentabilidade financeira da conta e, por conseguinte, do setor elétrico. A seguinte passagem da auditoria TC — 011.233/2014-6 resume a posição do TCU sobre o tema:

54. Nada obstante tal constatação, por si só, já causar perplexidade, mais preocupante é verificar que os valores assumidos pela CDE para fazer frente às medidas implementadas pela MP nº 579/2012 atingirão o montante de R\$ 61 bilhões. Embutido em tal monta estão duas operações de crédito que totalizaram R\$ 17,8 bilhões, porém, entre 2015 e 2017, o consumidor pagará R\$ 26,59 bilhões, já que R\$ 8,79 bilhões referem-se aos custos bancários de juros.

55. Assim, em que pese todo o esforço para reduzir estruturalmente R\$ 16,8 bilhões ao ano na tarifa, os gastos, em 2013, foram de R\$ 25 bilhões. Em 2014, o valor estimado situa-se no patamar de R\$ 36 bilhões. Há expectativa de efeitos semelhantes nos anos vindouros, ao passo que o efeito tarifário da medida provisória estará extinto ao final de 2015, como já mencionei acima.

56. Por essas razões, acolho também a proposta da unidade técnica de se dar ciência à Casa Civil da Presidência da República, na qualidade de responsável pela articulação interinstitucional. Entendo, da mesma forma, que se deve dar ciência à Comissão de Valores Mobiliários — CVM, para que, se entender conveniente, examine os efeitos dos procedimentos adotados sob a ótica de mercado, considerando que praticamente todas as empresas impactadas têm capital aberto e, portanto, sofrem fiscalização da CVM.¹¹

No mesmo sentido indicado pelo TCU, um estudo elaborado pela consultoria legislativa do Senado Federal sobre as demandas de financiamento da CDE dá a dimensão da relevância da participação do Tesouro nesse arranjo. O trabalho de Rutelly Marques da Silva aponta para os riscos decorrentes da ampliação das finalidades financeiras da CDE e para a dependência que a conta passou a ter em relação ao Tesouro. Em seus termos:

A inclusão, como despesa da CDE, dos descontos aplicados nas tarifas de uso dos sistemas elétricos de distribuição e nas tarifas de energia elétrica (por exemplo, descontos às atividades de irrigação e aquicultura e descontos na TUSD para fontes PCH, solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, empresas de saneamento e consumidores rurais) criou a possibilidade (mas não a obrigatoriedade) de o Tesouro

¹¹ Ibid., p. 39-40.

Nacional arcar com esses subsídios cruzados, presentes nas tarifas das distribuidoras de energia elétrica. A medida, tal como a previsão de a CDE compensar os efeitos da não adesão à prorrogação das concessões nos termos da Lei nº 12.783, também foi concebida como forma de garantir o equilíbrio entre as concessões na redução das tarifas. Não havia garantia, sobretudo depois que algumas empresas optaram pela não prorrogação das concessões, de que somente a alocação da energia elétrica produzida pelas geradoras que aderissem às condições da prorrogação proporcionaria o desconto médio anunciado pela Exma. Sra. Presidente da República. Posteriormente, em 2013 e 2014, à CDE, foram atribuídos gastos das distribuidoras de energia elétrica (e, em consequência, dos consumidores do mercado cativo) com a exposição involuntária e o acionamento de termelétricas. Ressalta-se que as despesas desse gênero correspondentes a 2013 e parte de 2014 foram suportadas por meio de aporte do Tesouro Nacional na CDE, a serem compensadas até 2018 na forma de elevação de cotas. Assim, para evitar a assimetria entre as concessões e elevações tarifárias em 2013 e 2014 maiores do que as verificadas, na prática aumentou-se a possibilidade de subsídio cruzado entre as distribuidoras, entre consumidores e entre submercados. Caso o Tesouro Nacional não aporte os recursos correspondentes às novas finalidades incluídas na CDE a partir da MPV nº 579, de 2012, tal como ocorrerá em 2015, os consumidores de energia elétrica terão que aportar os recursos na forma de cota, afetando-os de forma assimétrica. A dimensão do risco apontado pode ser verificada pela participação do Tesouro na CDE em 2013: 91,9%, dos quais 58,3% (o equivalente a cerca de R\$ 23,00/MWh) corresponderam a aporte direto.¹²

Em 2015, os riscos anunciados de sustentabilidade financeira do setor elétrico, que já haviam sido apontados pelo TCU e por demais estudos, tornaram-se concretos. Nesse ano, em razão do ajuste fiscal, o Tesouro não realizou aportes diretos para custear parcialmente a CDE.¹³ A consequência

¹² SILVA, Rutelly Marques da. Impactos dos subsídios custeados pela conta de desenvolvimento energético. In: NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS DA CONSULTORIA LEGISLATIVA DO SENADO FEDERAL. *Textos para Discussão n. 167/2015*, 2015. p. 33-34.

¹³ Sobre isso, aponta a Nota Técnica n. 33, da ANEEL: “Com relação à quota anual de 2014, o aumento é de R\$ 17,220 bilhões. O impacto tarifário médio será percebido na Revisão Tarifária Extraordinária, de que trata a AP 007/2015, e diferentemente entre os consumidores das regiões Norte/Nordeste e Sul/Sudeste/Centro-Oeste, bem como entre os consumidores dos diferentes níveis de tensão e entre o mercado cativo e livre” (Aneel, *Nota técnica n. 33*, op. cit., p. 6).

da exclusão dos aportes do Tesouro foi o aumento da participação da parcela atribuída aos usuários do serviço de energia no custeio conta. Segundo a Resolução Aneel nº 1857/2015, em 2015, o valor da cota anual de comercialização foi de R\$ 18.920.116.269,00, que deverá ser paga apenas pelos usuários, resultando assim em um aumento substantivo da conta de luz.

2.2 Serviço público adequado ou políticas de governo?

A majoração dos custos tarifários no setor elétrico está associada ao incremento de finalidades públicas financiadas pela CDE. Embora alguns desses propósitos estejam relacionados com o financiamento do setor, parte relevante diz respeito a programas diversos que, conquanto possam interessar ao público, não parecem dizer respeito direto ao financiamento do serviço adequado de energia. Essa situação torna-se problemática quando o Tesouro decide não realizar um aporte orçamentário direto para a referida conta e as atividades públicas não afeitas ao serviço público de energia passam por consequência a ser financiadas por tarifa.

É verdade que, diferentemente das mercadorias comuns, os serviços públicos apresentam como traço singular uma organização em rede e um pressuposto de solidariedade entre os usuários.¹⁴ A utilidade desses serviços aumenta conforme é ampliado o número dos usuários e a extensão da infraestrutura. É o caso do serviço de telecomunicações, que se torna mais útil quanto mais pessoas tiverem acesso ao telefone ou à internet para se comunicar. Também é o caso do serviço de transporte, que se torna mais eficaz quanto mais pessoas optarem pelos modais públicos, em detrimento dos veículos privados. É esse também o caso do serviço de energia elétrica, que se organiza a partir de uma rede comum de geração e de distribuição e se torna mais efetivo quanto maior vier a ser sua amplitude e sua atualidade tecnológica. Por essa razão, o art. 6º da Lei nº 8.987/1995 assinala os atributos de modicidade tarifária, atualidade e generalidade como elementos constitutivos da noção de serviço público adequado. Isso significa que os serviços públicos, pela sua natureza econômica e por seus atributos morais, são concebidos para atender a uma gama ampla de usuários.

¹⁴ Sobre isso, Aragão: “os serviços públicos, dada a sua essencial função de instrumento de coesão social, na grande maioria dos casos devem ser organizados em rede, já que fazem sentido se proporcionarem a integração da maioria da população”. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 233, p. 338, 2003.

Ocorre, contudo, que, se os serviços públicos demandam uma amplitude maior de financiamento em comparação com as demais mercadorias, esse alargamento não é ilimitado. A tarifa volta-se a financiar, o que é constitutivo de um serviço público adequado, mas não mais do que isso. Assim, parece haver diferenças relevantes entre o modelo original da Conta de Desenvolvimento Energético e aquele que resultou da promulgação da Lei nº 12.783/2013 e de seus sucessivos decretos regulamentadores. O quadro financeiro estabelecido pelas Leis nº 10.438/2002 e nº 10.762/2003 parece compatível com as características singulares dos serviços públicos. Nesses marcos, a CDE atendia a fatores ínsitos ao setor de energia, notadamente, a modicidade tarifária e a atualização tecnológica das fontes energéticas. Assim, tudo sugere que seus dispositivos tenham respeitado a correspondência entre tarifa e serviço, que caracteriza esse modo de financiamento. O marco regulador de 2013, entretanto, parece ultrapassar as noções mais razoáveis de serviço adequado.

Entre outras despesas, as seguintes rubricas listadas pela Nota Técnica nº 33/2015 da Aneel exemplificam itens custeados pela conta que parecem ultrapassar a remuneração de serviço público adequado: (i) custo resultante da não adesão à prorrogação das concessões de geração de energia elétrica; (ii) restos a pagar do ano anterior e atualização monetária dos repasses em atraso; (iii) descontos tarifários localizados para segmentos econômicos selecionados, tais como: gerador e consumidor de fonte incentiva; atividade de irrigação e aquicultura em horário especial; distribuição com mercado próprio inferior a 500 GWh/ano.

O custo da não adesão à prorrogação das concessões decorreu de uma opção política de governo que, embora possa ter sido meritória, não pode ser atribuída ao usuário do serviço público. Foi o governo federal que entendeu a renovação antecipada das concessões de energia como uma oportunidade para redução dos custos dos insumos econômicos. O programa foi implementado pelo poder público, por meio da mencionada Medida Provisória nº 579/2013, e visava a promover uma renovação antecipada das concessões para dessa forma permitir uma redução do custo da energia. Isso porque a renovação antecipada das concessões tinha como contrapartida a exclusão de encargos setoriais, tais como os relativos à amortização já ocorrida de investimentos realizados no passado.^{15 16}

¹⁵ Grotti e Lima, "As modificações no setor de energia elétrica e os contratos de concessão", *op. cit.*, p. 325-328.

¹⁶ Sobre a MP 579/13 e seus objetivos de política pública, assinalam Grotti e Lima: "O objetivo fundamental da reforma foi beneficiar o consumidor, em especial o consumidor cativo, por

Sucedeu, no entanto, que a proposta do governo federal não foi bem-sucedida. Alguns dos concessionários de energia não aderiram ao programa de renovação antecipada e, em razão disso, o desconto da tarifa de energia, que havia sido anunciado oficialmente pelo poder público,¹⁷ ¹⁸ não pôde ser obtido como se esperava. Para evitar o custo político de não entregar o desconto anunciado, o governo federal resolveu subsidiar a diferença faltante, para que assim o desconto anunciado fosse efetivamente realizado. Isso foi feito por meio de aportes diretos realizados pelo Tesouro Nacional na Conta de Desenvolvimento Energético. O relatório técnico da auditoria do Tribunal de Contas da União é bastante elucidativo a esse respeito:

37. De acordo com a exposição de motivos da MP nº 579/2012, seu objetivo é viabilizar a redução do custo da energia elétrica para o consumidor brasileiro, buscando não apenas promover a modicidade tarifária e a garantia de suprimento de energia elétrica, como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo, contribuindo para o aumento do nível de emprego e renda no Brasil (peça 44, p. 1).

38. Inicialmente, a redução de despesas prevista pela MP nº 579/2012 era de R\$ 21,7 bilhões, o que daria o desconto médio de 20% nas tarifas. Contudo, alcançou somente R\$ 16,8 bilhões, sendo R\$ 4,2 bilhões em geração, R\$ 5 bilhões em transmissão e R\$ 7,6 bilhões em redução de encargos tarifários. Com esse valor menor, o desconto seria apenas de 15%. Ocorre que o Governo resolveu aumentar o aporte do Tesouro Nacional e manter os 20% de desconto originalmente previstos.¹⁹

Assim, os custos decorrentes desse parcial insucesso, resultado da não adesão de alguns concessionários ao programa de renovação das concessões, não dizem respeito ao serviço de energia, mas sim a uma opção de política

meio da redução da tarifa no ambiente de contratação regulada/ACR, ficando excluídos do benefício os consumidores de energia em ambiente de contratação livre". (Ibid., p. 325-328).

¹⁷ GOVERNO FEDERAL. *Pronunciamento da presidente da República, Dilma Rousseff, sobre redução da tarifa de energia elétrica*. 2013, Disponível em: <www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/pronunciamento-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-sobre-reducao-da-tarifa-de-energia-eletrica>. Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁸ Em pronunciamento oficial de 23.1.2013, o governo federal se comprometeu a reduzir o custo da energia em 18% para o consumidor doméstico e em até 32% para o consumidor industrial (Ibid.).

¹⁹ Tribunal de Contas da União, *Auditoria operacional TC — 011.233/2014-6*. p. 6.

governamental. É um custo a ser arcado pelo orçamento público e não pelos usuários de energia, que não tomaram parte desse processo.²⁰

Da mesma forma, os restos a pagar da CDE referentes ao ano de 2014 e a atualização monetária pelos pagamentos em atraso nada têm a ver com a remuneração do serviço. Trata-se, no caso, de problemas de gestão exclusivamente ocasionados pelos gestores da conta, que atrasaram seguidamente os pagamentos devidos, transferindo parcela das despesas para o ano de 2015 como restos a pagar. O Tribunal de Contas da União já havia apontado o problema dos atrasos na liberação dos recursos da CDE. Diante disso, não parece razoável que o usuário do serviço pague por uma conta pela qual não é responsável. Sobre os atrasos nos pagamentos da CDE, assinalou o TCU, na auditoria operacional TC — 011.233/2014-6, realizada em 2014:

72. Além da materialidade que representam os efeitos da MP nº 579/2012, destaca-se que o setor elétrico está dependente do Tesouro Nacional.

73. Quanto aos atrasos incorridos nos compromissos da CDE, constatou-se, ao longo da auditoria, que o caixa da Eletrobras está constantemente deficitário, pois os repasses do Tesouro não seguem a realização das despesas. Por essa razão, as despesas assumidas pela CDE não estão sendo honradas. Há um atraso geral de todas as rubricas. Até o dia 2/6/2014, havia R\$ 7,7 bilhões pendentes de pagamento, sendo a rubrica CCC a mais afetada, conforme Tabela 3 que segue (peça 50).²¹

Por último, a partir da Lei nº 12.783/2013, decretos do Executivo apresentaram políticas localizadas de desconto para segmentos específicos. Tais

²⁰ A renovação das concessões foi uma medida de política industrial e não apenas uma medida setorial. O relatório das medidas implementadas no âmbito do Plano Brasil Maior, que vem a ser a política industrial do governo federal, é explícito quanto ao uso do setor elétrico como instrumento de promoção da competitividade: “O Plano Brasil Maior articula-se com uma série de iniciativas correlatas que contribuem para a consolidação de elementos essenciais para a competitividade e o bom desempenho da indústria. Entre as ações de maior destaque, incluem-se a inserção de requisitos no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), os esforços de redução do custo da energia elétrica, os investimentos e ajustes regulatórios na área de logística e a canalização de recursos para programa de capacitação e qualificação de trabalhadores”. (GOVERNO FEDERAL. *Relatório de acompanhamento das medidas sistêmicas*. 2014. Disponível em: <www.brasilmaior.mdic.gov.br/images/data/201412/8a66095ca37d2ee417d098901ffcd22b.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015. p. 27).

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria Operacional TC — 011.233/2014-6. 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2015.

descontos, entretanto, não parecem se enquadrar na categoria de modicidade tarifária, que informa os serviços públicos. A modicidade tarifária refere-se a uma condição de acesso para um serviço comum e procura assim garantir que todos possam usar o mesmo serviço — um serviço de natureza coletiva. A situação é diferente no caso da utilização de um serviço coletivo para a realização de fins econômicos alheios a esse serviço, ainda que tais fins sejam relevantes. Descontos específicos, como para irrigação, por exemplo, extrapolam a noção de uma comunidade de usuários que rateiam seu custo comum. Por isso, não poderiam ser arcados como se fossem tarifas.

Em síntese, o rol de políticas que foram transferidas para a competência da CDE parece ir além dos limites de um consumo solidário. Os dados verificados neste estudo sugerem que muitas das novas finalidades da conta são, na realidade, amplos programas governamentais, que excedem os contornos que configuram o serviço público adequado de energia elétrica.

Disso resultam duas questões. A primeira delas, descrita na próxima seção, refere-se ao desvio em relação ao marco legal das finanças públicas. A segunda questão, explorada mais adiante, é de legitimidade: por resolução da Aneel, tem havido um aumento de custo que só poderia ser feito mediante lei. Há assim um menor controle democrático sobre o custeio de programas governamentais.

3. O regime jurídico das finanças públicas: tributos e tarifas

O direito brasileiro admite duas formas de financiamento para as atividades públicas, sendo uma delas a regra e a outra, exceção. A regra é que todas as receitas públicas devam ser arrecadadas por tributos, estabelecidos e majorados por lei, e que todas as despesas devam ser igualmente autorizadas por lei, pela lei orçamentária. A exceção a essa regra é a possibilidade de que algumas atividades públicas sejam financiadas por recursos externos ao sistema de legalidade, unidade e universalidade que informa as finanças públicas. Esse é o caso dos serviços públicos prestados sob o regime de concessão ou permissão, cuja remuneração é realizada por meio de tarifa, sendo seu valor estabelecido pelo contrato e sujeito a reajustes ordinários e revisões extraordinárias. Como regime excepcional, as tarifas têm seu escopo adstrito à remuneração dos serviços públicos oferecidos aos usuários.

Na regra geral, além de conformado por lei, o sistema das finanças públicas obedece ainda a dois princípios constitutivos, quais sejam, o da unidade

e o da universalidade.²² Isso significa que não só as finanças públicas devam ser arrecadadas e despendidas por meio de lei, como também sua organização deva ser una e universal: há apenas um orçamento público e esse documento reúne a universalidade das receitas e das despesas. Há, portanto, um duplo condicionamento legislativo, que é estabelecido pelo marco regulador das finanças públicas, conformado pela Constituição Federal, pelo Código Tributário Nacional, e pela Lei nº 4.320/1964. O artigo 150, I, da Constituição Federal e o artigo 9º da Lei nº 4.320/1964 consagram o princípio da legalidade na arrecadação da receita, que deve ser procedida pela disposição legal dos tributos. Já os artigos 167, I, da Constituição Federal, e 2º da mencionada lei asseveram a segunda face dessa dupla legalidade, prescrevendo que as despesas públicas devem ser precedidas de sua disposição na legislação orçamentária.²³

Já o regime de tarifas é uma exceção porque, embora seja uma remuneração dirigida a uma atividade pública, seu valor não é estipulado em lei, e tampouco sua destinação é realizada por intermédio do orçamento. Em comparação com a remuneração estabelecida por tributos, as tarifas são preços públicos pagos ao prestador do serviço, como contrapartida pela sua fruição. O valor é estipulado com referência no contrato e o destinatário da arrecadação é o próprio prestador da atividade e não o erário.

A doutrina brasileira tem há muito estabelecido a natureza jurídica das tarifas. É bem assentado que as tarifas apresentam um fundamento de voluntariedade, ao passo que os tributos decorrem do poder compulsório de arrecadação do Estado. Em outros termos, a tarifa é um preço público que decorre de um ajuste contratual e não de um poder de império do Estado. Por essa razão, seu valor está adstrito às obrigações e ao escopo do contrato de prestação

²² Os princípios de unidade e o da universalidade são dispostos na Lei nº 4.320/1964 — Lei das Finanças Públicas. “Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.”

²³ Assinalam os textos mencionados: Constituição Federal, Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; Art. 167. São vedados: I — o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual. Lei 4.320/64, Art. 2º. A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade; Art. 9º. Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.

dos serviços públicos. Sua abrangência é limitada aos termos da avença, que regula o serviço prestado. Vai nesse sentido a passagem de Aliomar Baleeiro, que tem sedimentado a diferença entre taxas e tarifas:

Mas a taxa não tem por base um contrato, seja de direito privado, seja de direito público. Ela, como todo tributo, é obrigação *ex lege*. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este. Não houve, nem racionalmente pode haver, concessionários de serviços públicos de justiça; registro e proteção de patentes e marcas de fábrica ou de comércio; aferição de balanças; autenticação de faturas consulares; licenciamento de armas ou porte das mesmas ou demais casos a que se referem as taxas. Só a autoridade pública pode usar do grau de força, cujo emprego é reservado ao Estado. Só os agentes do Estado são revestidos da competência de imprimir fé pública a atos e documentos ou a certificar, para aceitação de todos, a legitimidade de coisas ou a observância de formalidades legais. É a própria missão fundamental do Estado que reside nesses serviços insuscetíveis de exercício por particulares ou delegação e concessão a eles.²⁴

Assim, em relação à disciplina das finanças públicas, caracterizada pela dupla proteção ao cidadão, garantida pela legalidade tributária e pela legalidade orçamentária, o regime excepcional das tarifas oferece o ajuste contratual como uma salvaguarda. A garantia do usuário é estabelecida no contrato de prestação do serviço, em que se configura uma correspondência entre o serviço prestado e o preço pago. A vinculação da tarifa à remuneração estrita do serviço público é estabelecida de longa data na dogmática do direito público brasileiro. A seguinte passagem de Caio Tácito é ilustrativa desta posição da doutrina:

A arrecadação tarifária da empresa concessionária deve ser aplicada, totalmente, em benefício dos serviços que explora. Destiná-la, ainda que parcialmente, a fim diverso constitui forma oblíqua de expropriação de seus lucros, a que se opõe o postulado constitucional de garantia

²⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 545.

de propriedade. O poder de vincular a tarifa, ou parte dela, a certa aplicação obrigatória é corolário da competência de fixar o valor e duração de sua vigência. Como toda e qualquer regra de competência, por mais discricionária que seja, ele se subordina à condição implícita de observância do fim expresso ou implícito de interesse público, fundamental à norma de direito. Não é lícito à autoridade, sob nenhum pretexto, usar de suas atribuições para alcançar finalidade estranha àquela que a lei concebeu como elementar ao procedimento administrativo. É irrelevante se, ao fazê-lo, a autoridade se inspira em outro fim de interesse público legítimo. O exercício do poder não pode se endereçar a outro alvo senão ao do interesse público especificado na norma jurídica.²⁵

As posições da doutrina, como as ilustradas por Baleeiro e Tácito, têm respaldo na jurisprudência do direito constitucional. No Enunciado nº 545, o Supremo Tribunal Federal formalizou uma súmula sobre esse tema. Nesse texto, o STF atribuiu para as taxas, que são uma modalidade de tributo, a disciplina da legalidade e reservou implicitamente para as tarifas um condicionamento contratual. Os termos da súmula do STF são os seguintes:

Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação a lei que as instituiu.²⁶

Na ordem constitucional de 1988, a renovação dessa dualidade de regimes, de tributos e tarifas, está consagrada nos dispositivos que regem os serviços públicos. Nos termos do art. 175, tais serviços podem ser prestados diretamente pelo poder público ou podem ser concedidos e permitidos a um contratado privado.^{27 28} No primeiro caso, se os serviços públicos forem

²⁵ TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 804.

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Enunciado n. 545 da Súmula do STF. 12 dez. 1969. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2015.

²⁷ Aragão, *Direito dos serviços públicos*, op. cit., p. 610.

²⁸ Nessa mesma linha é a posição de Alexandre Santos de Aragão: “sustentamos, ao revés, que o art. 175 da CF representa uma exceção ao regime tributário previsto pela Constituição para os serviços públicos remunerados por taxa, de forma que, sempre que o serviço (compulsório ou não) tiver sido concedido, a sua remuneração se dará por tarifa” (Ibid., p. 610).

prestados diretamente pelo Estado, serão custeados pelo orçamento público, mediante arrecadação tributária. Já no segundo caso, se forem concedidos ou permitidos, ainda que para empresas estatais, serão remunerados por tarifa, nos termos da política tarifária e das cláusulas contratuais.²⁹

É verdade que o regime tarifário admite, em situações imprevistas e inevitáveis, a revisão tarifária extraordinária, que pode levar à majoração dos custos do serviço. Trata-se de um dispositivo cujo propósito é manter o equilíbrio material do contrato diante de desajustes ocasionados por decisões administrativas ou por fatores econômicos.³⁰ A questão da revisão tarifária requer, no entanto, significativa parcimônia. A revisão das tarifas é extraordinária, sendo dirigida aos casos de manifesto desequilíbrio contratual, ocasionados por questões de interesse público, mas que são exclusivamente atinentes ao contrato e ao serviço.

Nesse sentido, é relevante retomar o precedente da Ação Direta de Constitucionalidade nº 9, que analisou a revisão tarifária extraordinária do setor elétrico, ocorrida por ocasião da crise de abastecimento de 2001 — o propagado “apagão do setor elétrico”. Nesse acórdão, o STF entendeu pela constitucionalidade da revisão tarifária, mas assim o fez pelo reconhecimento da relação de pertinência existente entre a revisão da tarifa e as condições de fruição do serviço no contexto de escassez. Em outros termos, a decisão do Supremo Tribunal Federal ancora-se na correspondência estabelecida entre o preço praticado e o serviço público prestado, no contexto do racionamento. São os termos da ementa do STF, na ADI nº 9:

Ação Declaratória de Constitucionalidade 9 — STF

Medida Provisória nº 2152-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores reedições, artigos 14 a 18. Gestão da Crise de Energia Elétrica. Fixação de Metas de Consumo e de um Regime Especial de Tarifação.

O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamen-

²⁹ Nos termos do art. 175, III, da Constituição Federal, os serviços públicos são remunerados por tarifa.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 179-181; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 297.

to, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores concessionários do serviço. Implementação em momento de escassez da oferta de serviço, política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III, da Constituição Federal. (G.N)

[...] Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.³¹

Em relação ao precedente do STF na ADI nº 9, o caso da CDE parece ser diferente. Foi o poder público quem ampliou o volume de despesas da conta para além das finalidades atinentes à prestação do serviço adequado. Nesse cenário, a não provisão de recursos orçamentários, na modalidade de aporte direto do Tesouro, sugere uma transferência para o universo tarifário de obrigações que são, a rigor, do erário. Com isso, o repasse de obrigações orçamentárias para as tarifas acaba por violar os dispositivos constitucionais e legais relativos à arrecadação tributária e também por representar um desvio dos preceitos constitucionais e legais relacionados com o regime orçamentário.

Em síntese, pode-se estabelecer que, no direito positivo e na jurisprudência, a lógica subjacente às finanças públicas é a da manutenção de uma medida de equiparação entre poder e controle. O poder político do Estado é controlado pela dupla legalidade: a tributária e a orçamentária. Já a definição tarifária não se submete aos limites da lei, mas sua margem de alteração é balizada pelo escopo do contrato de concessão ou de permissão dos serviços públicos. Sua abrangência é, pois, limitada, sendo circunscrita pelo propósito de remunerar a prestação dos serviços. Se assim não fosse, ou seja, se as tarifas de serviço público pudessem ser revisadas com ampla maleabilidade, o poder público estaria adquirindo uma faculdade de arrecadação de recursos que extrapolaria os limites do marco regulatório das finanças públicas. Nesse terreno, a discricionariedade pública é e deve ser cadenciada. Não é o que tem ocorrido no setor elétrico, o que não só aponta para um problema de legalidade, como também sugere um problema de legitimidade.

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 9*, 3 set. 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2015.

4. Excessos discricionários e controles deficientes: as implicações da tributação via tarifa no setor elétrico

Para além de implicações no âmbito da legalidade, isto é, do código lícito e ilícito, esta “tributação tarifária” ocorrida no setor elétrico também apresenta desdobramentos em outro âmbito, qual seja, o da legitimidade e do controle da administração pública. Nesse campo, o deslocamento das atividades financeiras tem como consequência a mitigação das possibilidades de controle, em razão de uma atuação imperativa do Estado sem o correspondente lastro de legitimidade política. Em poucas palavras, o financiamento de atividades públicas, que extrapolam o serviço de energia, por meio de tarifas estabelecidas pela Aneel, configura um excesso de poder discricionário que não conta, por sua vez, com um mecanismo correspondente de freio e contrapeso.

A lógica que preside a organização constitucional e legal das finanças públicas, segundo a qual deve prevalecer a legalidade, a unidade e a universalidade orçamentárias, é a mesma que conforma os fundamentos do estado de direito e da democracia real (a poliarquia).³² A finalidade de se estabelecer condicionamentos legais para a arrecadação tributária e para a despesa pública é a de minimizar o arbítrio, proteger os direitos individuais e garantir o máximo de responsividade aos interesses da coletividade na gestão dos recursos comuns.

Nessa linha, o cientista político Guillermo O'Donnell³³ assinala que uma democracia real não é apenas um regime de maioria, mas um regime que conjuga três primados: (i) as liberdades públicas; (ii) as virtudes republicanas da ética pública e do bom governo, e (iii) a vontade da maioria. Assim, uma democracia autêntica é aquela em que a maioria governa, mas com princípios republicanos e com o respeito aos direitos individuais. Trata-se, portanto, de uma democracia que é marcada pela competição eleitoral, mas que também é balizada pela qualidade do governo e pelo respeito aos bens e direitos individuais.

Pontualmente, no caso das finanças públicas, a legalidade, a unidade e a universalidade são salvaguardas que habilitam os três primados de uma democracia efetiva. Primeiro, a garantia de que a renda do cidadão só será

³² DAHL, Robert. *Polyarchy*: participation and opposition. Yale Press, 1971.

³³ O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-4451998000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 set. 2015. p. 27-54.

extraída mediante lei é uma evidente proteção liberal, que visa a preservar os indivíduos ante o poder de ação fiscal do Estado. A lei, por ser uma expressão da vontade geral, oferece uma maior proteção aos bens individuais, já que a extração de renda é precedida por uma consulta aos representantes da população. Na celebre frase que marcaria o movimento de independência norte-americana: *no taxation without representation* (não aos impostos sem representação).

Dessa forma, estabelece-se uma limitação ao poder de arrecadação do Estado, que só poderá ocorrer se for autorizado pela disciplina legislativa. Em vista do amplo poder de ação do Estado, que pode estabelecer seu espectro de atividades, a legalidade desempenha o papel de uma barreira liberal de contenção, que contrabalança a capacidade de ação política do poder público.

Em segundo lugar, os recursos administrados pelo Estado são públicos e por isso atendem a um primado republicano. Nessa conformidade, o orçamento é uma peça que demanda robustez técnica e que deve ser formulado com base em parâmetros de qualidade, capazes de assegurar um emprego satisfatório da despesa pública. Ao se disciplinar os trâmites de formulação e de deliberação do orçamento, procura-se evitar tanto as apropriações privadas indevidas como também as opções voluntaristas que, a pretexto de atender ao público, são inconsistentes e resultam em programas e políticas irracionais. No limite, a atuação regulatória do Estado, quando não planejada adequadamente, pode gerar o que Cass Sunstein³⁴ descreve como paradoxos do Estado regulador: situações em que o resultado alcançado é justamente o oposto do almejado.

A legalidade orçamentária visa, pois, evitar o voluntarismo discricionário na alocação dos recursos públicos. Procura, portanto, consolidar uma peça financeira que seja dotada de opções ponderadas de arrecadação e de despesa. Para isso, é indispensável a noção de universalidade orçamentária, que, ao incluir toda a programação de receitas e despesas em uma mesma proposta, permite um maior controle público dos recursos comuns. Os ritos impostos pela legalidade orçamentária, embora mais custosos do que a disposição discricionária, cumprem um papel de impor maior consistência e controle sobre a despesa pública.

Finalmente, a legalidade tributária e a legalidade orçamentária são também garantias institucionais de que a renda extraída dos indivíduos tem

³⁴ SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-441, 1990.

como finalidade atender às prioridades definidas pelo próprio público, em seu benefício, conforme suas opções. Trata-se de uma proteção da vontade da maioria, já que a deliberação parlamentar é a que encontra maior possibilidade de participação plural dos interesses. Não obstante as manifestações de novas formas de democracia participativa e de controle social, no âmbito do Poder Executivo, a representação de interesses difusos ainda se realiza com mais propriedade no âmbito do Legislativo.

De acordo com Huntington e Nelson,³⁵ dois cientistas políticos incontornáveis no debate sobre democracia, a participação política opõe dois elementos: a intensidade e o objeto. As pautas com objeto muito concentrado, assinalam os autores, isto é, aquelas que mobilizam interesses de grupos bastante definidos, costumam ser intensas e por isso podem obter espaços de reivindicação no âmbito do Poder Executivo. Já os temas difusos, que importam a todos, envolvem uma menor capacidade de mobilização e são assim menos propensos aos foros de debate do Poder Executivo. Este é o caso das finanças públicas e dos tributos que, embora afetem grupos concentrados, afetam indistintamente também a todos os cidadãos, que costumam ser politicamente desmobilizados. Nessas bases, a proteção de seus interesses é mais bem realizada no âmbito da representação parlamentar. Pode-se assim entender que a dupla legalidade — tributária e orçamentária —, que preside a organização das finanças públicas, procura garantir a realização destes três primados da poliarquia: liberal, republicano e de maioria.

Portanto, a razão para estabelecer em lei o que se poderia supor se tratar de matéria regulatória é permitir o devido controle democrático de uma situação que importa custos não previstos para a sociedade. Esse é um ponto particularmente relevante na configuração institucional brasileira em que a atividade regulatória é funcionalmente estabelecida no âmbito do Executivo, contando com pouco controle do Legislativo. A título de comparação, a regulação no cenário norte-americano é compreendida como uma delegação legislativa, e as agências reguladoras prestam contas para o Congresso, a quem cabe formular e decidir sobre seu orçamento.³⁶ A maior dependência do Congresso, o que inclui procedimentos de prestação de contas das atividades regulatórias, garante um controle democrático sobre as agências

³⁵ HUNTINGTON, Samuel P.; NELSON, Joan M. *No easy choice: political participation in developing countries*. Cambridge: Harvard Press, 1976.

³⁶ PRADO, Mariana Mota. *Presidential dominance: the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil*. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Ed.). *Comparative administrative law*. Edward Elgar, 2010.

reguladoras. Esse não é exatamente o caso do Brasil, onde vigora uma relação de dependência das agências reguladoras em relação ao Executivo, a quem cabe, por exemplo, formular e dar início ao processo orçamentário e a quem cabe também a possibilidade de contingenciar a execução de seu orçamento. Na configuração brasileira, a preponderância do Legislativo como instância de controle da regulação é menor, o que enseja maior atenção quanto aos temas tratados no âmbito regulatório.

Diante disso, o estabelecimento de uma porta giratória flexível entre a legalidade tributário-orçamentária e a discricionariedade regulatória-tarifária pode permitir um poder excessivamente assimétrico de arrecadação e de desembolso de recursos públicos. No caso em questão, esse é o efeito da conjugação do acúmulo de atribuições da CDE com a retração dos desembolsos do Tesouro. Em síntese, ao se valer de uma “tributação tarifária”, a Aneel parece ter adquirido um poder de ação discricionária³⁷ que não se sustenta em um correspondente lastro democrático.

5. Conclusões

Este trabalho analisou um desajuste regulatório experimentado no setor elétrico brasileiro, que tem gerado como efeito o aumento substantivo da conta de luz, principalmente para os consumidores cativos. Esse desajuste é ocasionado por dois fatores complementares. O primeiro deles é a ampliação do leque de políticas públicas custeadas por um encargo setorial, a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE). O segundo fator é a retração das subvenções aportadas pelo Tesouro, que vinham ocorrendo desde 2013, quando a CDE passou a se encarregar de um maior volume de atividades. A consequência da retração das subvenções orçamentárias foi o repasse para as tarifas da maior parte do custeio da CDE.

O ponto em questão é que as atividades custeadas pela CDE, embora possam ter pertinência com o setor elétrico, tomam-no não como o destinatário de suas medidas, mas como um instrumento para alcançar outros propósitos públicos, como a competitividade industrial. Não se trata, portanto, do custeamento do serviço de energia, mas do financiamento de políticas

³⁷ Sobre discricionariedade no direito público econômico, ver GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

públicas para fins diversos da organização do setor elétrico. O repasse dessas atividades para as tarifas apresenta implicações relevantes para o direito público, no âmbito da legalidade e também da legitimidade.

No que se refere à legalidade, a transferência do financiamento dessas atividades para o âmbito das tarifas viola o marco legal das finanças públicas. Isso porque as atividades de governo, como são as políticas públicas, devem ser custeadas pelos recursos dispostos na lei orçamentária e que foram arrecadados pelo sistema tributário; ao passo que as tarifas devem financiar apenas os serviços públicos contratados pelos usuários. O que se passa no caso em questão é um contorno da dupla legalidade das finanças públicas. As tarifas de energia foram majoradas para cobrir atividades públicas, sem com isso observar os limites legais impostos pelos direitos tributário e financeiro.

Essa tributação via tarifa também apresenta implicações de legitimidade. A lógica subjacente à existência de um duplo regime nas finanças públicas é a de permitir aos cidadãos e aos usuários a possibilidade de controlar o custo das despesas que lhe são imputadas. Os tributos só podem ser instituídos e majorados por lei, o que garante um controle democrático ao poder extroverso do Estado de arrecadação fiscal. Por se tratar de recursos públicos, só podem também ser despendidos pelo orçamento público, votado pelo Congresso Nacional. As tarifas, que podem ser majoradas por ato infralegal, são vinculadas ao financiamento de atividades diretamente associadas ao serviço público contratado, o que garante um contrapeso a sua maior flexibilidade. Com isso, pode-se entender que a tributação via tarifa, observada no caso analisado, expõe os usuários a um aumento tarifário sem os correspondentes freios e contrapesos apresentados pelo sistema tributário. Trata-se, enfim, de um desajuste regulatório.

Referências

ANEEL. *Nota técnica n. 33*. 2015. Disponível em: <www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/003/resultado/nota_tecnica_33_cde2015.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 233, 2003. p. 311-371.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANCO CENTRAL. *Ata da 193ª reunião do Conselho de Política Monetária*, set. 2015. Disponível em: <www.bcb.gov.br/?ATACOPOM>. Acesso em: 14 set. 2015.

DAHL, Robert. *Polyarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale Press, 1971.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOVERNO FEDERAL. *Pronunciamento da presidente da República, Dilma Rousseff, sobre redução da tarifa de energia elétrica*. 2013. Disponível em: <www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/pronunciamento-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-sobre-reducao-da-tarifa-de-energia-eletrica>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. *Relatório de acompanhamento das medidas sistêmicas*. 2014. Disponível em: <www.brasilmaior.mdic.gov.br/images/data/201412/8a66095ca37d2ee417d098901ffcd22b.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. As modificações no setor de energia elétrica e os contratos de concessão. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, regulação e flexibilidade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HUNTINGTON, Samuel P.; NELSON, Joan M. *No easy choice: political participation in developing countries*. Cambridge: Harvard Press, 1976.

LEME, Alessandro André. A reforma do setor elétrico no Brasil, Argentina e México: contrastes e perspectivas em debate. *Revista de Sociologia e Política*, v. 17, n. 33, p. 97-121, jun. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a Medida Provisória 579/2012. In: ____ et al. (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-4451998000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 set. 2015.

PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Presidential dominance: the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Ed.). *Comparative administrative law*. Northampton: Edward Elgar, 2010. p. 225-245.

SILVA, Rutelly Marques da. Impactos dos subsídios custeados pela conta de desenvolvimento energético. In: NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS DA CONSULTORIA LEGISLATIVA DO SENADO FEDERAL. *Textos para Discussão nº 167/2015*, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 9*. 3 set. 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2015.

_____. *Enunciado n. 545 da Súmula do STF*. 12 dez. 1969. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2015.

SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-422, 1990.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Auditoria Operacional TC – 011.233/2014-6*. 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2015.

WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a Aneel. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 352-377.